

THESIS / THÈSE

DOCTEUR EN SCIENCES JURIDIQUES

La conclusion des contrats par voie électronique. Etude de droit burkinabè, à la lumière des droits européen, belge et français

Kabre W, Dominique

Award date:
2012

Awarding institution:
Université de Namur

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Introduction générale

1. Le droit, en ce compris le droit des contrats, est une science sociale. Il est donc sensible aux métamorphoses économiques et sociales. Comme l'a constaté R. Savatier, « *C'est qu'à aucun moment, le droit ne saurait se détacher de la vie. Les transformations du film des événements humains se projettent sur l'écran de la jurisprudence et des lois* »¹. Le droit des contrats, notamment le droit de la formation des contrats, est confronté de nos jours à une évolution sociale majeure. Ces dernières décennies ont été marquées par une mutation profonde dans les modes d'information et de communication due au développement des technologies de l'information et de la communication. En particulier, la combinaison des télécommunications et de l'informatique a donné naissance à des réseaux électroniques, c'est-à-dire des réseaux où des informations se présentent sous forme numérisée. Le commerce électronique a vu le jour de l'utilisation de ces réseaux électroniques à des fins commerciales. Ce nouveau mode de commercialisation, qui est en plein essor, est multiforme. Il peut cependant être classé suivant la nature du réseau utilisé, les modalités de commercialisation et le processus contractuel.

2. D'après la nature du réseau, il faut savoir que les premiers réseaux de commerce électronique étaient des réseaux fermés qui se caractérisent par le fait que le réseau est géré du point de vue technique par une autorité centrale et que seules des personnes spécifiquement autorisées peuvent y avoir accès². Une illustration bien connue de ce type de réseau est constituée par les réseaux d'échange de données informatisées (EDI) auxquels ne peuvent participer que des professionnels connus et identifiés à l'avance. Le développement des réseaux fermés a été suivi, dans les années 1990, par l'essor du réseau de l'internet grand public. Appelé le réseau des réseaux dans la mesure où il est constitué de la connexion de plusieurs réseaux locaux, l'internet se distingue des premiers par son caractère ouvert. Réseau décentralisé sans point unique de contrôle, il permet à des personnes qui peuvent

¹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{re} série, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964, n° 6, p. 8.

² Voy. D. G. MASSE, « La preuve des inscriptions informatisées », n° 232, <http://www.masse.org>, dernière consultation le 19 janvier 2012 ; E. DAVIO, « Questions de certification, signature et cryptographie », in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 74.

préalablement s'ignorer de nouer des relations commerciales et contractuelles³. Dans les années 2000, se sont ajoutés à ces réseaux, la téléphonie mobile par laquelle se développent de plus en plus des activités commerciales. Traditionnellement, elle se démarquait par l'infrastructure réseau⁴, les normes⁵ et les terminaux utilisés⁶. Avec la convergence technologique⁷, ces éléments de différenciation tendent à disparaître. Par exemple, le téléphone mobile, jadis propre au réseau de téléphonie, est devenu un terminal d'accès à l'internet, alors que l'ordinateur, terminal classique d'accès à l'internet, peut se connecter à celui-ci par voie mobile. Par ailleurs, le réseau de téléphonie mobile partage un point commun essentiel avec le réseau de l'internet. En effet, si les utilisateurs des services des réseaux de téléphonie mobile doivent être identifiés auprès de l'opérateur, les fournisseurs de services, qu'il faut distinguer de l'opérateur des réseaux, et les destinataires de ces services apparaissent souvent étrangers les uns par rapport aux autres, comme dans le réseau de l'internet.

Malgré ce rapprochement, le commerce par voie électronique a fait l'objet de distinction d'après le réseau. Il est ainsi courant de parler de commerce électronique lorsqu'il s'agit d'activités économiques menées par le biais des réseaux de l'EDI et de l'internet et de commerce mobile (m-commerce) quand de telles activités sont réalisées dans les réseaux de téléphonie mobile. De manière précise, le m-commerce « (...) désigne les transactions commerciales et activités de communication conduites par le biais de services et réseaux de communication hertziens au moyen de messages de texte (ou SMS – Short Message Service), de messages multimédia (MMS – Multimédia Messaging Service), ou de l'internet sur de petits terminaux mobiles de poche, en général utilisé pour les communications téléphoniques »⁸. Le commerce mobile se singularise ainsi par l'utilisation de terminaux mobiles et la communication par le SMS, le MMS et l'internet, à l'exclusion de la

³ D. G. MASSE, *op. cit.*, n°261 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution, le juriste face à l'invasion informatique*, Colloque ABJE, 24 octobre 1996, Bruylant-Bruxelles, Kluwer-Anvers, 1996, p. 48 ; E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Editions du jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 34.

⁴ C'est un réseau mobile, sans fil et vocal, comparé à l'internet qui est essentiellement un réseau filaire et de données.

⁵ Les télécommunications utilisent la communication par circuits qui consiste en l'emploi de lignes dédiées (Normes CDMA), alors que l'internet fait usage de la transmission par paquets qui emprunte un itinéraire imprévisible (Normes TCP/IP).

⁶ Téléphones portables au lieu d'ordinateurs pour le réseau de l'internet.

⁷ C'est le fait que les services et les applications électroniques (le commerce électronique), sont de moins en moins liés à l'infrastructure réseau et au terminal utilisé.

⁸ Rapport de réunion ministérielle de l'OCDE sur le futur de l'économie de l'internet, Orientations de l'OCDE pour les politiques pour la prise en compte des questions de protection et d'autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile, Séoul, 17-18 juin 2008, p. 1, disponible à <http://www.oecd.org/dataoecd/51/60/40883688.pdf>.

communication téléphonique orale. On aura constaté que le commerce mobile implique le réseau de l'internet, ce qui montre que la distinction du commerce électronique en fonction du type réseau n'est pas étanche. Du reste, cette distinction perd une grande partie de son utilité du fait de la convergence technologique. Toutefois, on verra qu'en matière de formation de contrats, la distinction n'est pas tout à fait ignorée.

3. En tenant compte des modalités de commercialisation, il convient de distinguer le commerce électronique en ligne et le commerce électronique réalisé par voie de courrier électronique. Le commerce en ligne est mené par l'intermédiaire de l'application Web. Il se prête lui-même à plusieurs classifications. D'abord, il convient de différencier le commerce en ligne mené sur des sites web personnels, parfois nommés "boutiques virtuelles", de l'activité commerciale conduite sur les places de marché électronique. Le commerce en ligne a d'abord été exercé sur des sites web personnels. Point de ralliement entre les internautes et le titulaire de ces sites, les boutiques virtuelles présentent les informations sur une interface où l'internaute ne peut rien faire d'autre que de les consulter. Ainsi, en matière de formation de contrat, l'internaute se contente dans ce schéma de passer sa commande et ne peut lui-même proposer des contrats à conclure. Seul le titulaire de la boutique virtuelle est à mesure d'émettre des offres. Le développement du web.2.0 a changé cette donne. Sur les sites web.2.0, l'internaute peut non seulement consulter les informations, mais aussi en être le fournisseur. Il peut ainsi passer commande, mais également publier des offres. Cette évolution a permis la naissance des places de marché électronique où s'exerce un autre genre de commerce. Une place de marché électronique, connue également sous le nom de "galerie marchande virtuelle" ou de "cybermarché" ou encore de "plate-forme de mise en relation", peut être définie comme « (...) *une plate-forme d'intermédiation potentiellement accessible à plusieurs offreurs et demandeurs via une interface de type site web (...)* »⁹. Elle est donc un lieu de rencontre des offres et des demandes : les offreurs utilisent la plate-forme électronique pour émettre des propositions de contrat à destination des demandeurs qui peuvent y répondre par le biais de la même plate-forme. Les places de marché électronique ne doivent pas être confondues avec les sites portails. Ces derniers ne permettent pas la conclusion de contrats ; ils favorisent simplement l'accès direct à d'autres sites qui peuvent permettre de réaliser des transactions. Une autre distinction intéressante est celle à faire entre les contrats conclus à prix

⁹ C. DOMINGUEZ, « Places de marché électroniques : définitions, composantes et modèles d'affaires », in J. AKOKA et I. COMYN-WATTIAU (coord.), *Encyclopédie de l'informatique et des systèmes d'information*, Paris, Vuibert, 2006, p. 1812.

fixe et les enchères électroniques. Celles-ci apparaissent comme des processus de formation de contrat au cours desquels des annonces relatives à des biens ou à des services sont publiées en ligne, lesquels biens ou services font, pour leur acquisition, l'objet de proposition de prix pendant un laps de temps déterminé. Il existe principalement deux types d'enchères électroniques. Dans un cas, le prix initial proposé par un fournisseur du bien ou du service augmente progressivement au fur et à mesure des propositions. Ce sont les enchères électroniques classiques. Dans un autre cas, c'est le processus contraire : le prix initial, qui est proposé par un demandeur de biens ou services, baisse en fonction des offres successives. Ce sont les enchères électroniques dites hollandaises¹⁰ ou inversées¹¹ ou encore à l'envers¹². Il faut remarquer que les offres à prix fixe et les offres aux enchères électroniques peuvent être effectuées par l'intermédiaire des boutiques virtuelles ou des places de marché électronique.

Le commerce par courrier électronique se distingue assez nettement du commerce en ligne. Le courrier électronique est, en effet, « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communications, qui peut être stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* »¹³. Ainsi, le commerce par courrier électronique ne présente pas le même type d'échange que le commerce en ligne. Il peut avoir lieu par le biais de l'internet ou par l'intermédiaire du réseau de téléphonie mobile à travers le SMS ou le MMS.

4. Au regard du processus contractuel, deux situations se distinguent¹⁴. Dans la première, les contrats sont conclus et exécutés entièrement par le biais des réseaux. Cette hypothèse concerne, par exemple, les contrats de consultation d'informations en ligne, les jeux électroniques, les contrats de fourniture de logiciels qui, en raison de l'immatérialité de leurs objets, se prêtent à la fois à la formation et à l'exécution dans les réseaux. Dans la seconde situation, les contrats sont conclus dans les réseaux, mais exécutés en dehors de ces

¹⁰ E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *DCCR*, n° 90, 2011, n° 3, p. 3.

¹¹ N. GENTY, J. HUET et A. DUMONT-TRICOT, « Les enchères électroniques 'inversées encadrées' par la loi », *Comm. com. élect.*, 2006, pp. 10 à 14.

¹² A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, n° 25, p. 922.

¹³ Article 2, h), de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) ; l'article 2, 2^e, de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de l'information ; article 2, 6^e, de la loi 045-2009 du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions au Burkina Faso.

¹⁴ E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, p. 32.

derniers. Il en est ainsi des ventes portant sur des marchandises ou des contrats de baux de meubles corporels ou d'immeubles. La conclusion de tels contrats peut se faire dans les réseaux, mais leur exécution s'effectuera nécessairement en dehors des réseaux.

5. Quoi qu'il en soit, les contrats du commerce électronique présentent, à divers égards, des différences significatives avec ceux du commerce traditionnel.

En premier lieu, ils sont conclus dans un contexte dématérialisé¹⁵. La « dématérialisation » signifie que les informations échangées, traditionnellement matérialisées sur un support analogique et notamment sur un support papier, sont contenues sur un support numérique. La particularité de ce support réside dans sa capacité à transformer les informations en une suite de nombres et inversement. Il peut paraître alors exagéré de désigner le phénomène de numérisation par le terme "dématérialisation" entendu étymologiquement comme l'absence de matière, puisque ce phénomène s'apparente, on le voit, à un simple changement de support. En fait, l'emploi du terme "dématérialisation" exprime le fait que les informations numérisées, comparativement à celles fixées sur le support papier, deviennent indépendantes de leur support et peuvent ainsi être aisément transposées d'un support numérique à un autre ou être transmises par ondes électromagnétiques, fibres optiques ou diffusion hertzienne. Cette dématérialisation confère une certaine fugacité aux échanges électroniques. Ainsi, l'échange des consentements dans les réseaux « (...) *résulte d'un échange de flux immatériels et évanescents de données* (...) », qui ne sont intelligibles que par le truchement d'un appareil¹⁶. La dématérialisation emporte une autre conséquence : l'information dématérialisée circule dans les réseaux avec une rapidité telle que son émission et sa réception s'effectuent de manière quasi-instantanée.

En deuxième lieu, les contrats conclus par voie électronique, notamment ceux conclus par le réseau de l'internet, sont des contrats conclus dans un environnement interactif et suivant un processus intégré¹⁷ et instantané. L'interactivité, c'est la possibilité d'échanger des

¹⁵ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Bruylant, Paris-L.G.D.J., 2002, n° 14, p. 701 ; E. MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats: l'adéquation aux contrats électroniques », *Rev. dr. unif.* 2008, pp. 296-297.

¹⁶ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, n° 13, p. 701 ; E. MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats: l'adéquation aux contrats électroniques », *op. cit.*, p. 296.

¹⁷ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, n° 15, p. 703 ;

informations entre deux ou plusieurs entités¹⁸. Dans le cadre du commerce électronique, elle désigne la faculté donnée aux acteurs du commerce de dialoguer par terminaux interposés. Cette interactivité prend cependant rarement la forme d'un dialogue. En réalité, elle se manifeste beaucoup plus par l'utilisation des hyperliens donnant la possibilité de naviguer d'une page web d'information à une autre ou, sur une page web, d'une information à une autre. Une telle interactivité favorise l'intégration du processus de conclusion des contrats en ligne. Pour bien comprendre cette intégration, il faut se rappeler que, dans le commerce traditionnel, un écart de temps plus ou moins grand s'instaure entre la publicité, l'offre et la conclusion des opérations. Dans le commerce en ligne, la situation apparaît différente : il y a une intégration et une contraction du temps de réalisation de ces étapes. On peut ainsi passer rapidement en deux ou trois clics de souris de la publicité placée sur une page Web à l'offre de vente ou de service, puis de cette offre à la conclusion du contrat, voire au paiement.

En troisième lieu, les contrats par voie électronique sont conclus dans un environnement opaque. L'opacité des réseaux tient d'abord à la difficulté, voire à l'impossibilité, de connaître l'identité et la localisation réelles des parties contractantes et d'apprécier la qualité réelle des biens et des services. Elle résulte de l'interposition de l'outil technologique à la base du fonctionnement des réseaux. La difficulté d'identifier les parties contractantes n'existe cependant guère dans les réseaux fermés, en l'occurrence l'EDI, où les parties sont connues préalablement à la conclusion du contrat. L'opacité tient ensuite à la difficulté de connaître les principes, les contraintes et les modalités de fonctionnement d'un tel outil technologique « (...) et, par conséquent, d'en repérer les causes d'incident et d'y porter remède »¹⁹. Le destinataire de services de ces réseaux ignore ainsi, assez souvent, les routes empruntées par les informations envoyées et reçues.

En quatrième lieu, les contrats par voie électronique sont des contrats conclus à distance. Ce trait est lié à l'interposition du réseau (internet, téléphonie, etc.) entre les parties contractantes. Il en résulte que les contrats conclus par le biais de ces réseaux sont l'œuvre de personnes situées en des lieux différents. Sans doute, ce constat n'a rien de surprenant. D'autres moyens de communication, comme la correspondance, le télégraphe, le téléphone, la télécopie,

E. MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », *op. cit.*, p. 302.

¹⁸ P. TRUDEL et alii, *Droit du cyberspace*, Ed. Thémis, Montréal (Québec), 1997, pp. 1-9.

¹⁹ X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, PUN, Namur, 1996, n° 201, p. 292.

permettent depuis longtemps la conclusion de contrats à distance. La distance induite par les réseaux prend cependant une dimension particulière. L'utilisation de la technologie du web, par exemple, permet normalement la consultation d'une offre par tout internaute, quel que soit le lieu ou le pays où il se trouve. On dit que le réseau internet est ouvert ou ubiquiste. Les contrats conclus par le web sont appelés à être ainsi, plus que les contrats conclus avec les autres moyens de communication à distance, des contrats internationaux²⁰. Il en va également ainsi, dans une mesure plus limitée cependant, des offres transmises en masse par le biais du courrier électronique internet ou téléphonique, dans la mesure où cette technologie ignore normalement les frontières. Du coup, on observe que le consommateur peut être, par la force des réseaux, un acteur du commerce international, alors que, dans l'environnement traditionnel, il est plus souvent un acteur du commerce interne²¹.

En dernier lieu, il faut constater que les contrats du commerce électronique sont souvent conclus de manière automatique. Cette caractéristique signifie que la conclusion de certains contrats se réalise par des systèmes d'information préprogrammés, connus également sous le nom d'agents électroniques. Ces derniers sont en fait des logiciels capables d'initier des actions de formation de contrat (offre, réponse à une offre, accusé de réception de commande), sans intervention humaine.

6. La conclusion des contrats dans les conditions décrites précédemment comporte un certain nombre de risques²². Ainsi, l'éloignement des parties, combiné à l'opacité des réseaux, complique l'identification des parties et l'appréciation concrète des biens et services offerts, ce qui peut donner lieu à toutes sortes de malversations. L'opacité des réseaux, quant à elle seule, laisse les parties dans l'ignorance de pertes ou de détournement des communications transmises et complique la preuve de l'envoi et de la réception de celles-ci. Cette situation favorise la répudiation de la communication par l'une des parties. La dématérialisation, qui rend les informations précontractuelles fugaces, permet une modification aisée de celles-ci. Par ailleurs, elle suscite le problème de la conservation de telles informations. Quant à la rapidité du processus de formation des contrats, elle est source d'erreurs matérielles et conduit

²⁰ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 47, p. 31.

²¹ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, n° 16, p. 703 ; E. MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », *op. cit.*, p. 305.

²² M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, n° 13 à 16, pp. 701 à 703 ; J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in J. ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire. Le contrat électronique*, Paris, Economica, 2010, pp. 5 à 6.

parfois à passer des contrats irréfléchis. L'ubiquité que permet le réseau de l'internet ne permet pas toujours de situer les contractants dans l'espace au moment de la conclusion du contrat. Le caractère transfrontalier des réseaux électroniques, soulève, notamment à l'égard des particuliers, des difficultés inhérentes à la détermination de la loi applicable et du tribunal compétent en cas de litige. L'utilisation des agents électroniques suscite la question de savoir qui de l'agent ou de son utilisateur, est lié par le contrat.

7. Pour obvier à ces risques, de nombreux systèmes juridiques, délaissant l'attitude qui eût été d'admettre l'application des règles traditionnelles, entreprennent de régir le commerce électronique. Dans cette perspective, l'œuvre pionnière de la Commission des Nations-Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) mérite, en premier lieu, d'être notée. Pour s'en tenir au commerce électronique, la CNUDCI a adopté en 1996 une Loi type sur le commerce électronique dont l'objectif est d'être un modèle de législation pour les droits nationaux. Plus récemment, elle a élaboré la convention du 23 novembre 2005 sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux.

Le législateur européen s'est inscrit dans cette ligne. Il a ainsi adopté le 8 juin 2000 la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")²³. Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information²⁴. En droit français, la transposition de ladite directive a été effectuée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique²⁵ qui a été complétée notamment par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique²⁶. Certaines dispositions de ces textes ont été introduites dans le Code civil et le Code de la consommation. En droit européen, s'applique également au commerce électronique, sans être limitée à cette matière, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai

²³ *Journal officiel des Communautés européennes*, L 178/1 du 16 du 17 juillet 2000.

²⁴ Pour ces deux lois, voy. *Moniteur Belge*, 17 mars 2003.

²⁵ *Journal officiel de la République française*, n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

²⁶ *Journal officiel de la République française*, n° 140 du 17 juin 2005, p.10342.

1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance²⁷ appelée à être abrogée et remplacée à partir du 13 juin 2014 par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs²⁸ dont certaines dispositions traitent des contrats à distance. S'ajoute à ces deux textes cantonnés aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs²⁹.

Le législateur burkinabè s'est également engagé dans la voie de la réglementation du commerce électronique. S'inspirant des réglementations susdites, il a adopté la loi 045-2009 du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions au Burkina Faso³⁰. Il est intéressant de remarquer que cette loi a fédéré dans un même texte, applicable aux seules activités de commerce électronique, des dispositions issues des directives européennes applicables aux contrats conclus à distance avec les consommateurs, au commerce électronique et à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. L'ordonnancement juridique burkinabè du commerce électronique s'est enrichi de l'acte additionnel A/SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO³¹, qui s'est notamment inspiré de la réglementation française du commerce électronique.

Il faut situer ces réglementations dans leur contexte. La directive sur le commerce électronique, qui a inspiré les textes belges, français et burkinabè, a été adoptée à un moment où les places de marché électronique et le commerce mobile n'avaient pas leur importance actuelle. C'est dire que l'application de ces textes à ces modes nouveaux de commerce pourrait soulever des difficultés. Il convient cependant de noter que la loi burkinabè du commerce électronique a pris en compte l'hypothèse du commerce mobile.

Cela dit, la réglementation burkinabè du commerce électronique, à l'instar des réglementations européenne, belge et française en la matière, comporte de nombreuses

²⁷ *Journal officiel des Communautés européennes*, L 144 du 4 juin 1997.

²⁸ *Journal officiel de l'Union européenne*, L 304/64 du 22 novembre 2011.

²⁹ *Journal officiel des Communautés européennes*, L 271/16 du 9 octobre 2002.

³⁰ *Journal officiel du Burkina Faso*, n° 01 du 7 janvier 2010.

³¹ La CEDEAO a été instituée par un traité du 28 mai 1975 et regroupe quinze pays de l'Afrique de l'ouest : Bénin, Burkina Faso, Cap Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo.

dispositions relatives aux contrats conclus par voie électronique. L'esprit qui innervait ces dispositions, faut-il le remarquer, est l'inégalité supposée entre celui qui utilise les réseaux électroniques pour mener des activités économiques et celui qui est le destinataire de ces dernières. Du fait de l'utilisation de l'outil électronique, le premier est présumé être dans une position de force par rapport au second. Aussi, une protection a-t-elle été aménagée au profit de ce dernier. Cette solution se justifie. Au vu de ces dangers ci-dessus décrits, s'il apparaît qu'un certain nombre de risques sont partagés par les parties aux contrats conclus par voie électronique, telles les difficultés d'identification, de localisation géographique et d'utilisation des agents électroniques, il faut constater que la plupart des dangers pèsent sur le cocontractant de celui qui utilise l'instrument électronique pour faire des propositions de contrats. D'une part, en effet, c'est l'utilisateur d'un tel instrument qui peut être à l'origine de ces dangers. D'abord, il peut donner une description trompeuse des biens et services ou fournir des informations précontractuelles instables. C'est encore lui qui, parce qu'il détermine les conditions contractuelles, peut anticiper sur la loi applicable et la juridiction compétente. Choissant le moyen de communication électronique qu'il est censé maîtriser, il est, par ailleurs, à même de détecter les pertes ou les détournements de communications. D'autre part, le cocontractant de cet utilisateur court le risque de passer des contrats irréfléchis ou de commettre des erreurs matérielles du fait de l'usage de l'instrument électronique. S'il est consommateur, il aura, en outre, du mal à prouver l'existence des conditions contractuelles et à conserver le document contractuel électronique.

On observe que si ces risques visent particulièrement les personnes ayant la qualité de consommateur, d'autres dangers frappent quelle que soit la qualité des destinataires des propositions des contrats. Tel est le cas des risques liés à la transmission des communications, à l'identification des parties, à l'appréciation concrète des biens ou des services, à la commission d'erreurs matérielles, à la localisation géographique des parties contractantes, à l'utilisation des agents électroniques, à l'instabilité des conditions contractuelles. On comprend alors que les réglementations suscitées étendent le champ de la protection accordée au-delà du cercle des consommateurs. Ainsi, si elles se rapprochent de l'esprit du droit de consommation fondé également sur l'idée de déséquilibre des forces, elles s'en diffèrent, car l'inégalité est de nature différente. Si, dans les contrats de consommation, elle tient à la différence de puissance économique, dans les contrats conclus par voie électronique, elle est liée à la différence de maîtrise de la technique de communication électronique. La réglementation du commerce électronique s'éloigne, en revanche, du principe d'égalité qui

imprègne le droit commun de la formation des contrats.

Il faut noter que des pratiques contractuelles participent également à la régulation des contrats conclus par voie électronique. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs été reprises dans les réglementations.

8. Dans la mesure où des règles juridiques particulières s'appliquent aux contrats conclus électroniquement entre des parties séparées par la distance, il est possible de désigner ces contrats par l'expression "contrats électroniques". Si une telle expression pouvait être dépourvue de signification lorsqu'il n'y avait pas encore de règles juridiques spécifiques aux contrats conclus par voie électronique, elle peut se justifier à partir du moment où un régime juridique, fût-il incomplet, existe pour ces derniers. Ainsi, la qualification des contrats électroniques, qui, à la lumière des textes, se caractérisent essentiellement par le fait que leur conclusion s'effectue par voie électronique entre des parties séparées par la distance³², appelle l'application de règles particulières. C'est l'ensemble de ces règles que l'on désignera par l'expression "droit spécial des contrats électroniques". Les expressions "contrats électroniques" et le "droit spécial des contrats électroniques" ne renvoient pas à la classification traditionnelle du droit des contrats spéciaux. Du point de vue du critère de cette classification, en l'occurrence la nature juridique du contrat définie par ses prestations, il est évident que le "contrat électronique" n'a pas de nature juridique spécifique³³ et ne peut être traité de contrat spécial. Le critère de dénomination des contrats électroniques et du droit spécial des contrats se réfère, non pas à la nature des prestations, mais au mode de conclusion de ceux-ci. Par ailleurs, si le droit spécial est parfois défini comme l'ensemble des règles, qui, dans une matière déterminée, sont exceptionnelles par rapport au droit commun³⁴, tel n'est pas l'entendement du droit spécial des contrats électroniques. Celui-ci ne renvoie pas nécessairement à l'ensemble des règles qui, en matière des contrats électroniques, dérogent au droit commun des contrats. Le droit spécial, ici entendu, englobe les règles propres à un domaine déterminé, sans que celles-ci soient nécessairement dérogatoires du droit commun³⁵, puisque que ces règles peuvent se contenter de compléter ou de prolonger ce dernier. Dans

³² En ce sens pour ce qui du droit européen, J. ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », *op. cit.*, n° 1, 9 et s., p. 12 et s.

³³ E. MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats... », *op. cit.*, p. 295.

³⁴ R. CASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, Chron., n° 1, p. 91 et n° 5, pp. 92 et 93 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, vol. II, 2e éd., Lyon, L'hermès, 1986, n°275, p. 977.

³⁵ H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 275, p. 977 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Préface de Yves Lequette, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 5, pp. 8-9. *Comp.* : R. CASSIN, *op. cit.*, n° 1, p. 91 et n° 5, pp. 92 et 93.

cette acception, le droit spécial des contrats regroupe les règles particulières à certains contrats ou un groupe de contrats³⁶. Il s'ensuit que le droit spécial des contrats électroniques désigne l'ensemble des règles qui s'appliquent aux contrats conclus par voie électronique.

9. De ce qui précède, on peut constater que l'évolution sociale et technologique s'est plus ou moins projetée, pour reprendre l'expression imagée de R. Savatier, sur l'écran des lois. Reste à savoir quelles sont les transformations provoquées par ces lois sur le droit existant. L'existence du droit des contrats électroniques n'est, en effet, pas sans susciter des interrogations. Dans l'abstrait, outre ce droit spécial, la conclusion des contrats électroniques est soumise au droit commun des contrats, défini justement comme « (...) *l'ensemble des règles ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats* »³⁷. La superposition de ces deux corps de règles entraîne des influences réciproques. Comme un auteur l'a observé, « *Si le contrat, auquel le régime commun s'applique, est doté d'une réglementation spécifique, les deux corps de règles vont nécessairement se rencontrer. Droit commun et droit spécial, s'appliquant à un objet commun, ne peuvent s'ignorer. Chacun d'eux va subir l'attraction de l'autre* »³⁸. La présente étude entend ainsi cerner la mesure dans laquelle le droit des contrats électroniques influence le droit commun des contrats en matière de conclusion des contrats. Une précision s'impose sur la notion de conclusion des contrats. En effet, celle-ci est tantôt utilisée pour désigner la formation du contrat, entendue comme la réunion des conditions posées par l'article 1108 du Code civil français, belge et burkinabè³⁹, tantôt comme l'échange des consentements⁴⁰, tantôt encore comme la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat⁴¹. Dans la présente étude, elle implique l'échange des consentements ou, pour reprendre une expression fort usitée dans la doctrine belge, le processus dynamique de conclusion ou de formation des contrats. On sait, en la matière, que l'idée dominante, qui fait office de droit commun, est que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une

³⁶ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 5, p. 8.

³⁷ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 3, p. 6.

³⁸ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 228, p. 281. En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n°s 3 à 6, pp. 514 à 521, qui, à propos du droit spécial de la consommation, évoque la méthode de la « greffe », laquelle est caractérisée par le fait que, dans des relations entre parties bien définies, les règles spéciales se superposent à celles qui régissent toute espèce de contrat. Selon l'auteur, cette situation met à mal les catégories traditionnelles.

³⁹ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris, Litec, 2007, p. 61 et s. ; A. BENABANT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 23 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 131 et s.

⁴⁰ Voy., par exemple, M. FABRE - MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, 2^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 250 et s.

⁴¹ Voy., par exemple, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Contrat*, 5^e éd., Paris, Litec, 1995, p. 131 et s.

acceptation. L'objet précis de l'étude est donc de savoir comment ce processus est influencé par le droit des contrats électroniques.

10. L'étude se limite aux rapports contractuels de droit interne. Les questions de droit international privé qui se posent pourtant de manière récurrente du fait de l'internationalisation des réseaux électroniques ouverts sont, par conséquent, exclues. Deux raisons principales justifient cette exclusion. En premier lieu, l'objet de la recherche porte sur le processus de formation du contrat. Étudier le droit international privé des contrats n'aurait pas été, à cet égard, d'un apport significatif. En second lieu, l'exclusion tient au point de vue choisi : il s'agit principalement de cerner l'incidence des réglementations de commerce électronique sur le droit commun de la formation du contrat. Or, ces réglementations n'ont pas spécialement réglé les questions de droit international privé des contrats⁴². La mise à l'écart du droit international privé n'implique cependant pas que la dimension internationale des réseaux soit oubliée. Il est certain que, pour prendre en considération cette caractéristique, les réglementations nationales du commerce électronique ou la pratique ont dû prévoir des solutions matérielles spécifiques. Dans la mesure où celles-ci touchent à la formation des contrats, elles entrent dans le cadre de cette étude.

Eu égard à la typologie du commerce électronique dressée plus haut, font l'objet d'examen les différentes formes de commerce électronique par courrier électronique et de commerce en ligne. Les enchères électroniques suscitent cependant des difficultés au regard de l'objet de l'étude qui implique une analyse du droit commun des contrats et du droit spécial des contrats électroniques. En premier lieu, on peut se demander si ces enchères relèvent du droit commun de la formation du contrat. Selon une grande partie de la doctrine, il n'est pas exclu que les enchères électroniques reçoivent la qualification de ventes publiques⁴³. Or, une telle qualification conduit à soumettre les enchères électroniques au régime spécifique de formation des ventes publiques. Il apparaît toutefois difficile d'appliquer ce régime aux enchères électroniques⁴⁴. C'est pourquoi certaines réglementations qualifient autrement les enchères électroniques. Par exemple, en France, l'article L321-3, alinéa 2, du Code du

⁴² Voy. en ce sens une position claire en droit burkinabé : article 4, al. 2 de la loi n° 045-2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso.

⁴³ L. MAUGER-VIELPEAU, Les ventes aux enchères publiques, Paris, Economica, 2002, n° 23 et s. cité par A. PUTTEMANS, *op. cit.*, n° 31, p. 927 ; A. PUTTEMANS, *op. cit.*, n°s 40 et 41, pp. 934 à 936 ; E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *op. cit.*, n°s 18-19, pp. 9 à 11.

⁴⁴ En ce sens, A. PUTTEMANS, *op. cit.*, n° 41, p. 936 ; E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *op. cit.*, n° 19, pp. 10 et 11.

commerce dispose que « *Les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques* ». Le droit européen paraît aller dans ce sens. L'article 2, 13), de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs définit, en effet, l'enchère publique comme « *une méthode de vente selon laquelle le professionnel propose aux consommateurs des biens ou services au moyen d'une procédure de mise en concurrence transparente dirigée par un commissaire-priseur, à laquelle les consommateurs assistent ou peuvent assister en personne, et au terme de laquelle l'adjudicataire est tenu d'acquérir ledit bien ou service* »⁴⁵. En caractérisant l'enchère publique par l'intervention d'un tiers et l'adjudication, ces deux textes excluent de fait les enchères électroniques du champ d'application des ventes publiques. Le considérant 24 de la directive précitée se montre même plus expressif. Il prévoit que « *L'utilisation, à des fins de participation à des enchères, de plates-formes en ligne qui sont mises à la disposition des professionnels et des consommateurs, ne devrait pas être considérée comme une vente aux enchères publiques au sens de la présente directive* ». Il est, au demeurant, judicieux, au regard des caractéristiques des enchères électroniques, de les faire échapper au régime des ventes publiques pour les soumettre au droit commun de la formation des contrats. En second lieu, il convient de s'interroger sur l'application du droit spécial des contrats électroniques à de telles enchères. Les droits européens, belges et français du commerce électronique, qui ont inspiré le droit burkinabè en la matière, ont été, en effet, adoptés à une époque où les enchères, notamment celles effectuées sur les places de marchés électroniques, n'étaient pas très développées. Visant essentiellement l'hypothèse des boutiques virtuelles et notamment la conclusion de contrats à prix fixe, ils n'ont donc pas pris spécialement en compte les caractéristiques des enchères électroniques. Mais, dans la mesure où ces enchères entrent dans le champ d'application du droit des contrats électroniques, il paraît difficile de contester qu'elles relèvent de celui-ci⁴⁶. L'application de ce droit à cette forme particulière de contractualisation ne manque cependant pas de susciter des difficultés que l'étude mettra en lumière.

⁴⁵ Dans le même sens, l'article 2, u), de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 2011/0284 (COD).

⁴⁶ F. MAS, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *RLDI*, 2006, n° 36, p. 72 ; E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *op. cit.*, n° 34 et s., p. 17 et s.

En revanche, ne sera pas envisagé, le commerce électronique mené dans les réseaux fermés, en particulier le réseau EDI. Compte tenu du caractère centralisé de ces réseaux, les problèmes juridiques posés sont parfois différents de ceux des réseaux de l'internet et de téléphonie mobile. Si on veut être cohérent, il convient de se limiter à ces derniers. En outre, même lorsque les problèmes sont identiques, ils sont résolus par la conclusion de conventions-cadres d'utilisation du réseau. Dans ces conditions, l'étude de l'influence du droit des contrats électroniques sur le droit commun apparaît d'un intérêt mince. Il n'est cependant pas exclu d'évoquer, à titre de comparaison, les réseaux EDI. Enfin, l'étude ne distingue pas l'hypothèse où les contrats sont conclus et exécutés hors réseaux de celle où les contrats sont conclus et exécutés dans les réseaux.

11. Du point de vue méthodologique, il faut retenir que si la recherche est inscrite dans le droit burkinabè, elle fait principalement appel, à titre de droit comparé, aux textes d'inspiration, à savoir notamment le droit européen, le droit français et le droit belge. Il s'agit, en partant des solutions consacrées en droit burkinabè de commerce électronique, d'opérer des rapprochements avec celles admises par ces divers droits, l'objectif étant de dégager des tendances. L'étude n'ambitionne donc pas de procéder à une comparaison systématique des droits considérés. Cette étude comparative est intéressante et souhaitable à deux égards au moins. D'une part, il faut se souvenir que la réglementation du commerce électronique s'inspire des règles posées en la matière par ces systèmes juridiques. D'autre part, le droit burkinabè est proche des droits belge et français sur la question de la formation des contrats. Le droit commun des contrats burkinabè tire, en effet, ses origines du droit français. Le Code civil burkinabè actuel résulte du Code civil français tel qu'il a été rendu applicable le 6 août 1901 dans les colonies de l'Afrique occidentale française. Au lendemain des indépendances, le Burkina Faso, appelé alors Haute Volta, a choisi prudemment de ne pas modifier cette législation⁴⁷. Le droit burkinabè des obligations conventionnelles présente ainsi de grandes similitudes avec le droit français. Il est également proche du droit belge des obligations conventionnelles qui tire également sa source du Code civil français⁴⁸. Aussi, lorsqu'il sera fait référence par la suite au droit commun des contrats, sans autre précision, il faut penser aux principes communs partagés par le droit burkinabè, le droit belge et le droit français. Ce rapprochement explique qu'on s'appuiera dans l'analyse des questions sur le droit positif et les

⁴⁷ P. MEYER, *Introduction à l'étude du droit burkinabé*, Ed. André Boland, 1988, pp. 101-102 ; K. MBAYE, « Le destin du code civil en Afrique », in *Le Code civil 1804-2004*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 528.

⁴⁸ M. FONTAINE, « Les obligations contractuelles : 1804-1904-2004 et l'avenir... » in P. WERY, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, La charte, 2004, n°20.

réflexions doctrinales en vigueur dans les systèmes juridiques comparés. Dans la même optique, les pratiques relatives à la conclusion des contrats par voie électronique seront souvent illustrées par des exemples en cours en Belgique ou en France.

12. Pour revenir à l'objet même de l'étude, il convient de savoir que les rapports entre le droit spécial et le droit commun des contrats peuvent être cernés de diverses manières. Tout d'abord, elle peut être envisagée sous l'angle de l'adage *specialia generalibus derogant*, c'est-à-dire que « *Ce qui est spécial déroge à ce qui est général* »⁴⁹. Selon cet adage, les règles spéciales excluent dans leur domaine d'application les règles générales, même postérieures à elles⁵⁰. Mais, cet adage dont le flou est critiqué⁵¹, ne peut rendre compte de la complexité des rapports entre les droits spéciaux et le droit commun. Utilisé le plus souvent pour fixer le domaine spatial et temporel d'une règle spéciale par rapport à une règle générale⁵², il ne permet pas de dévoiler les influences réciproques qui peuvent exister entre les deux types de règles⁵³. Ainsi, même si l'on peut admettre que le droit des contrats électroniques déroge au droit commun des contrats, ne serait-ce que parce qu'il adopte des règles particulières, la mesure dans laquelle le droit commun des contrats est éventuellement modifié par celui-ci demeurera sans réponse précise. L'étude ne sera donc pas menée sous cet aspect.

13. Ensuite, les rapports entre le droit spécial et le droit commun peuvent être analysés en termes d'autonomie ou du particularisme du premier à l'égard du second. On sait que cette présentation est courante dans la doctrine. Mais, l'autonomie a des significations si diverses⁵⁴ qu'une analyse reposant sur ces termes serait sujette à caution. Elle peut, en effet, revêtir au moins trois sens. Au sens strict, un droit autonome est « (...) *une matière qui trouve elle-même sa propre source de règles, qui ne dépend d'aucun autre droit pour déterminer le contenu et le sens de ses solutions* »⁵⁵ ; il s'auto-réglemente, sans aucune référence à des principes ou des normes externes⁵⁶. Au sens large, l'autonomie est entendue comme la particularité ou la

⁴⁹ Voy. H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°275, p. 977.

⁵⁰ H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°275, pp. 977 à 980. Dans ce sens également, R. CASSIN, *op. cit.*, n° 2, p. 91, qui, sans se référer à l'adage, admet que « *Dans le domaine de l'application des lois, on admet en principe que les lois spéciales excluent les lois générales dans la sphère de leur compétence* »

⁵¹ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 9, p. 14.

⁵² H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°275, pp. 977 à 980.

⁵³ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 9, p. 14.

⁵⁴ Voy. J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, pp. 279 à 309, spéc. p. 289 et s. ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 89 et s., p. 132 et s.

⁵⁵ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 289

⁵⁶ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 289 ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 92, p. 135.

spécificité. Un droit autonome est dans cette perspective un droit qui se « (...) *distingue, d'une manière suffisamment marquée, du droit commun pour que son autonomie soit acquise* »⁵⁷. Dans une conception tempérée, l'autonomie implique que le droit autonome emprunte ou non, en fonction de sa logique propre, des principes et règles du droit commun⁵⁸.

L'autonomie au sens strict ne semble pas exister dans la réalité. Les droits spéciaux ne peuvent prétendre vivre en vase clos ; ils empruntent plus ou moins au droit commun des éléments de leur régime⁵⁹. Or, si cette conception de l'autonomie est écartée, il devient difficile de distinguer les autres acceptions de l'autonomie (faible ou tempérée) du particularisme⁶⁰. Au demeurant, quelle que soit la signification donnée à l'autonomie, elle masque les croisements entre le droit spécial et le droit commun. Ainsi, dire que le droit des contrats électroniques est autonome ou particulier par rapport au droit des contrats ne renseigne pas sur l'ampleur et la complexité des incidences que le premier exerce sur le second. Cette méthode ne paraît donc pas fertile.

14. Enfin, il est possible de rechercher les incidences réelles du droit spécial sur le droit commun. C'est la voie choisie pour examiner l'objet de la présente étude. Dans cette perspective, le droit spécial peut influencer ou modifier le droit commun « (...) *de façon, selon les cas, insensible, insidieuse, ou éclatante* »⁶¹. La doctrine a, de manière analytique, mis en lumière un certain nombre de manifestations de cette influence. D'emblée, il convient de savoir que le droit spécial peut se contenter de transposer dans son domaine des règles de droit commun des contrats. Dans ce cas, il n'y pas une véritable modification du droit commun, mais simplement un retour à celui-ci⁶². Mis à part cette hypothèse, l'influence du droit spécial sur le droit commun peut prendre la forme de complément, de contamination, d'incorporation et de substitution.

Le complément du droit commun par le droit spécial consiste à ajouter « (...) *aux règles préexistantes une série de nouvelles règles qui viendrait consacrer de nouvelles tendances, de*

⁵⁷ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁸ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 293 ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 97, p. 139.

⁵⁹ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 290 ; en particulier pour le droit des contrats, voy. C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 92 et s., p. 135 et s.

⁶⁰ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 101 et s., p. 142 et s.

⁶¹ Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, n°4, p. 351.

⁶² R. CASSIN, *op. cit.*, n° 16, p. 96.

nouvelles pratiques que le droit positif ne saurait ignorer »⁶³. Les règles spéciales viennent ainsi se greffer aux règles communes, sans que les premières modifient les secondes. L'essence du droit commun est alors sauve. En ce sens, on peut estimer que les obligations d'information imposées par les différents droits spéciaux (droit de la consommation, droit du travail, etc.) viennent compléter ou préciser l'obligation générale d'information applicable à tous les contrats. Pour certains, l'article 1107 du Code civil français articulerait le droit spécial et le droit commun dans ce mouvement de complément⁶⁴.

La contamination désigne le phénomène par lequel le droit spécial vient déroger aux règles générales d'une institution juridique dans un domaine bien délimité. Dans cette hypothèse, « *la conception nouvelle que la loi spéciale vient d'apporter de cette institution dans le cadre limité de son domaine d'application va alors influencer l'analyse que l'on en donnait traditionnellement* »⁶⁵, de sorte que, « *Détournées de leur vocation généraliste, les règles communes font l'objet de lectures différentes selon le contrat auquel elles s'appliquent, ou la qualité du contractant auquel elles sont opposées* »⁶⁶. Le terme "contamination" utilisé par R. Cassin⁶⁷ ne paraît cependant pas approprié. Il pourrait laisser croire que le droit spécial à un effet négatif sur le droit commun. Or, tel n'est pas nécessairement le cas. Quoi qu'il en soit, l'objectif est ici d'analyser un des aspects du rapport entre le droit spécial et le droit commun. A cet égard, le terme "dénaturation" paraît plus adéquat. La notion d'offre employée par le droit français et belge des contrats de crédits à la consommation est une illustration de ce phénomène. Alors que la qualification de l'offre au sens du droit commun dépend du contenu de celle-ci, on a observé que, dans le contrat de crédit à la consommation, le rôle d'offrant est impérativement imposé au dispensateur du crédit⁶⁸. Ainsi, l'offre du crédit à la consommation est qualifiée en fonction de la qualité de la partie, indépendamment de son contenu comme en droit commun.

⁶³ F. BÈRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préface de Christian Atias, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 12, p. 32.

⁶⁴ L. CADIET, « Interrogations sur le droit commun des contrats », in L. CADIET (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, n° 27, p. 25 ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 10, p. 16.

⁶⁵ R. CASSIN, *op. cit.*, n° 17, p. 96.

⁶⁶ C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 228, p. 281 ; voy notamment pour des exemples n° 241 et s., p. 295 et s.

⁶⁷ *op. cit.*, n° 17, p. 96.

⁶⁸ En droit français : G. ROUHETTE, « 'Droit de la consommation' et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, n° 14-18, pp. 259-265 ; B. PETIT, « La formation successive du contrat de crédit », in I. FADLALLAH (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, Paris, 1982, n° 10 – 12, pp. 99-101 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 300, p. 268 ; Ph. MALAURIE, L. ANYES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, n° 463, p. 217. En droit belge : J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, pp. 219 et 220.

L'incorporation du droit spécial dans le droit commun se manifeste par le fait que les règles spéciales sont hissées au rang de règles communes⁶⁹. Une règle conçue à l'origine pour être appliquée dans certains contrats particuliers voit ainsi son empire s'étendre à l'ensemble des contrats. Ce phénomène n'est pas sans effet sur le droit commun. La règle spéciale ainsi haussée au rang de règle commune va limiter les dispositions existantes ou se combiner à elles pour déterminer le contenu d'un droit commun nouveau⁷⁰. À ce sujet, un exemple est la sanction des clauses abusives. Prévue dans les contrats de consommation, elle tend à devenir une règle de droit commun⁷¹. Le principe d'équilibre qui sous-tend cette sanction pourrait ainsi devenir un principe directeur des contrats.

La substitution est le remplacement des règles communes par des règles spéciales. Elle a une incidence beaucoup plus profonde. Dans une telle situation, « (...) *ce sont les lois spéciales qui deviennent la base du droit commun ; les anciennes dispositions de droit commun se trouvent entièrement écartées* »⁷². Par exemple, en matière commerciale, la liberté de la preuve des actes juridiques s'est substituée à la réglementation de la preuve qui, en vigueur en droit civil, est tenue pour règle générale. Si le phénomène s'effectue à l'échelle d'une discipline donnée, celle-ci acquiert une autonomie, tout au moins tempérée, par rapport au droit commun.

15. Pour ce qui est des rapports entre le droit des contrats électroniques et le droit commun des contrats, la grande majorité de la doctrine estime que, dans le domaine de la conclusion des contrats, le premier n'est qu'une application du second. Les dispositions des

⁶⁹ R. CASSIN, *op. cit.*, D., 1961, Chron., n° 18, pp. 96 et 97. Voy. aussi, C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 228, p. 281, n° 260 et s. et p. 318 et s. qui n'emploie cependant pas le terme « incorporation ». *Comp* : J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTDciv.*, 1994, pp. 253 et 254.

⁷⁰ R. CASSIN, *op. cit.*, n° 18, p. 96.

⁷¹ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, n°20 à 23, pp. 713 à 715 ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 268, p. 332. En ce sens également, l'article 1122-2 de l'avant-projet de réforme des obligations qui admet que : « (...) *la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée* ».

⁷² R. CASSIN, *op. cit.*, n° 19, p. 97 ; En ce sens, F. BÉRENGER, *op. cit.*, qui soutient que le droit spécial de la consommation se substituait au droit commun des contrats. Pour certaines règles du droit de la consommation, voy. D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTDcom.*, 1998, n°s 31 et 32, pp. 113 à 114.

réglementations européennes⁷³, françaises⁷⁴ et belges⁷⁵ sur le commerce électronique ne modifieraient pas le processus classique de conclusion des contrats. Au contraire, elles s'inscriraient dans un tel processus et n'apporteraient que quelques précisions ou aménagements. Le droit spécial des contrats électroniques consacrerait ainsi le retour au droit commun des contrats ou serait, tout au plus, le complément de celui-ci.

Quelques auteurs donnent cependant un autre son de cloche⁷⁶. La directive sur le commerce électronique et la réglementation française du commerce électronique instituerait un nouveau processus de conclusion pour les contrats électroniques, qui se substituerait au processus classique de formation des contrats constitué par l'offre et l'acceptation. La directive sur le commerce électronique aurait ainsi mis en place une certaine "procéduralisation" de la conclusion du contrat, différente des étapes figées de l'offre et de l'acceptation⁷⁷, tandis que la réglementation française impliquerait une confirmation en sus de la rencontre de l'offre et de l'acceptation⁷⁸.

En droit burkinabè des contrats électroniques, il convient d'admettre, comme ces derniers auteurs, que le processus conclusion des contrats est profondément remanié. Il ressort de l'analyse de ce droit et de l'environnement électronique auquel il s'applique que le droit commun de la conclusion des contrats n'est pas indemne. Il apparaît que, dans le domaine de

⁷³ M. DEMOULIN, « La passation d'une commande sur les réseaux », in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive commerce électronique*, Cahiers du CRID, n°19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 257 et s. ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, n° 110, p. 788.

⁷⁴ Voy. notamment, Ph. STOFFEL-MUNCK, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Comm. com. électr.*, septembre 2004, n°s 32-33, p. 49 ; F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Préface de M. VIVANT, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 69 et s. ; M. VIVANT, « Le contrat plongé dans l' "économie numérique" », *RDC*, 2005, n° 13, p. 542 ; J. HUET, « Vous avez dit "contrats électroniques" ? », *RDC*, 2005, n° 5, p. 558 ; M. MEKKI, « Le formalisme électronique : la 'neutralité technique' n'emporte pas 'neutralité axiologique' », *RDC*, 2007, n° 21, p. 691. Pour une position nuancée, X. LINANT DE BELLEFONDS, « De la LSI à la LCEN », *Comm. com. électr.*, Septembre 2004, p. 10.

⁷⁵ E. MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in *Le droit des affaires en évolution : le contrat sans papier*, Bruxelles, Bruylant, 2003, n°s 17-19, pp. 37-43 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques de commerce », in C. BIQUET-MATHIEU, *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation Permanente, CUP, septembre 2003, vol. 4, n°s 58-60, pp. 71-74 ; ; M. DEMOULIN, C. LAZARO, E. MONTERO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

⁷⁶ Par exemple, Y. POULLET, « Contrats électroniques et théorie générale des contrats », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 11, pp. 474 et 475 ; J. ROCHFELD, « Économie numérique. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », *RTDciv.*, 2004, p. 579 et « Formalités contractuelles - Voie électronique. Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », *RTDciv.*, 2005, p. 849.

⁷⁷ Y. POULLET, « Contrats électroniques et théorie générale des contrats », *op. cit.*, p. 474.

⁷⁸ J. ROCHFELD, « Économie numérique... », *op. cit.*, p. 579 et « Formalités... », *op. cit.*, p. 849.

la conclusion des contrats, le droit des contrats électroniques se substitue au droit commun des contrats. Cependant, il ne semble pas qu'une telle substitution s'opère comme l'entendent ces auteurs. Pour notre part, elle se traduit par deux manifestations. D'une part, le droit des contrats électroniques dénature les conditions classiques de l'échange des consentements. Il fixe un domaine précis aux contrats électroniques où les conceptions classiques des consentements échangés sont déformées, en vue de protéger le cocontractant de l'utilisateur de l'instrument électronique, supposé être dans une position de faiblesse. D'autre part, il opère une transformation sur l'échange même des consentements. Celui-ci s'est métamorphosé sous le coup des apports du droit des contrats électroniques.

La présente étude s'articule ainsi en deux parties. La première partie examine la dénaturation des conditions classiques de l'échange des consentements par le droit spécial des contrats électroniques. La seconde partie explique la métamorphose de l'échange des consentements par le droit spécial des contrats électroniques.